

轻罪重罪之法定界分

郑丽萍*

内容提要 借鉴域外经验,中国刑事立法也应对轻罪和重罪的界分问题作出明确规定。这种规定不仅具有实体和程序方面的意义,也具有犯罪观念、刑事政策和刑事立法方面的重要意义。轻罪与重罪的划分应是对罪行而非对犯罪性质的划分,轻罪和重罪的划分标准应采取形式标准而非实质标准,在形式标准中应采取法定刑标准而非宣告刑标准,在具体划分界限上应以法定最高刑5年有期徒刑作为分界线。

关键词 轻罪 重罪 犯罪性质 法定刑 宣告刑

轻罪、重罪不单是法学领域,也是社会各领域在评价犯罪行为或指代犯罪范畴时经常使用的名词。但是同样的文字表述,此轻罪、重罪与彼轻罪、重罪依据的评价标准或指代的范畴并不完全相同,甚至可能差异巨大。究其原因在于,中国法律并无明文规定轻罪、重罪的概念和范畴。进言之,中国学人、民众耳熟能详、出口即言的所谓轻罪、重罪,虽然本是关乎“罪”而且是“罪”之轻重的严肃、重大问题,但是现实中所体现出来的情况并不是那么严肃、重大,相反,它们的使用带有很大的主观性、随意性。例如,仅就称谓而言,关于轻罪,实践中有使用“轻罪”称谓的,也有使用“微罪”、“轻微犯罪”、“轻微刑事案件”、“轻型刑事案件”等称谓的,可谓五花八门。窥一斑而知全豹。从称谓本身的不统一、不正式和不严肃,便可以想象对于何谓轻罪、重罪以及轻罪、重罪的界限如何划定,这些至为重要的问题,在中国实然的情况是并未受到与其重要程度相匹配的认真对待。

一、域外的经验和启示

(一)世界主要国家法律规定撮要

1. 法国

法国是世界上最早对犯罪进行分类的国家之一。自1810年《法国刑法典》对犯罪罪分三类,即重罪、轻罪和违警罪后,罪分三类成为一种传统,至今未曾改变。法国现行刑法典开篇第111-1条规定:“刑事犯罪,依其严重程度,分为重罪、轻罪与违警罪。”^①法国刑法在作出这种原则规定的同时,在第3编第1章中又具体规定:如犯罪当处无期徒刑或者终身拘押,或者当处30年、20年或15年有期徒刑(或有期拘押刑),此种犯罪则为重罪;在犯罪当处“矫正刑”刑罚时,也就是科处最高刑为10年监禁,罚金至少为25000法郎刑罚时,此种犯罪是轻罪;如果特别法条规定,除累犯之情形外,对某一犯罪仅可处不超过10000法郎的罚金,则这一犯罪是违警罪。^②

法国刑法罪分三类的作法不仅在法院管辖方面,即重罪、轻罪和违警罪分别由重罪法院、轻罪法院和违警罪法院管辖外,在其他实体、程序方面也具有重要意义。在实体方面,依据法国刑法规定,重罪的行刑时效为20年,轻罪为5年,违警罪为2年。重罪的未遂始终要受到处罚;轻罪未遂仅在法律有规定的情况下才会受到处罚;而违警罪则无犯罪未遂。共犯在重罪和轻罪案件中始终应当受到处罚,而在违

* 北京航空航天大学法学院教授。

① 参见罗结珍译:《法国新刑法典》,中国法制出版社2003年版,第261页。

② 参见[法]卡斯东·斯特凡尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第182—183页。

警罪中,仅在属于挑动犯罪的情况下才会惩处。在程序方面,预审仅对重罪案件具有强制性,对轻罪案件只具有任择性,对违警罪案件则原则上无需预审。重罪与轻罪案件应当由审判法院在庭审过程中并在庭审辩论之后作出判决;而违警罪案件,即使是最重的第5级违警罪案件,也可以适用简易程序,不经事先辩论而作出判决。重罪的追诉时效为10年,轻罪为3年,而违警罪为1年。^③

2. 德国

受1810年法国刑法典的影响,德国刑法原来在犯罪分类上也一直采取罪分三类的作法。但1975年刑法取消了违警罪,将原来刑法所规定的违警行为以及其他违反秩序行为统一规定于《违反秩序法》中,自此德国刑法开始采用罪分两类的作法。2002年修订的《德国刑法典》维持了这一新的作法,将犯罪分为重罪和轻罪。依据现行德国刑法第12条规定:(1)重罪是指最低以1年或者1年以上的自由刑相威胁的违法行为。(2)轻罪是指最低以更轻微的自由刑(即1年以下自由刑,笔者注)或者以罚金刑相威胁的违法行为。^④(3)由总则所规定的或者被规定为特别严重的或较轻严重情形的重罚或者轻罚,在分类时不予考虑。与轻罪、重罪的分类相适应,在实体、程序方面也规定了一些依据罪之轻重不同区别对待的制度。在实体方面,德国刑法规定重罪的未遂一律应受到刑罚处罚,而轻罪的未遂仅仅在法律有明确规定的情况下才应受到刑罚处罚。教唆未遂和其他一些处在参加犯罪之前阶段的情况,在重罪时应当受到刑罚处罚,但是在轻罪时一般不会受到刑罚惩罚。此外,分则规定的胁迫罪只有以对被害人或者与其亲近者犯重罪相胁迫,或者用即将对其犯重罪进行蒙蔽才构成。在程序方面,依据德国法院组织法规定,轻罪和重罪的区分影响法院刑事管辖权的确定。^⑤

3. 意大利

意大利刑法将犯罪分为重罪和违警罪。^⑥根据意大利刑法第39条规定,法定刑为无期徒刑、有期徒刑或罚金的犯罪是重罪,法定刑为拘役或罚款的犯罪则为违警罪。意大利刑法将犯罪划分重罪和违警罪的意义,同样也具体体现在其相关的一些规定中。例如,规定重罪只能由故意构成;而违警罪则无论故意、过失均能构成。当处有期徒刑的重罪在经过相当于所处刑期两倍的时间后(不能超过30年,也不能少于10年)刑罚归于消灭;当处罚金刑的重罪在经过10年后消灭;违警罪在经过5年后消灭。^⑦

4. 美国

美国是联邦制的国家,各州立法不尽相同。但是,由于美国三分之二州的刑法典都是以《模范刑法典》为蓝本制定的,^⑧因此,以《模范刑法典》为视角考察美国有关轻罪和重罪的划分具有相当的代表性。根据《模范刑法典》规定,犯罪分为重罪(felony)、轻罪(misdemeanor)、微罪(petty misdemeanor)和违警罪(violation)。而重罪又分为一级重罪、二级重罪和三级重罪。轻罪的刑罚不超过1年监禁。微罪的最高刑期为30天。而违警罪只能处以罚金、没收等制裁,不能处以监禁。与《模范刑法典》相比,美国有的州对犯罪轻重等级的划分更为精细。美国在传统的重罪、轻罪分类的基础上之所以发展起来更多的罪刑等级,“目的是为了‘罪刑相当’这一刑法基本原则进一步精确化和制度化。另外,从立法技巧看,可以使刑法分则条文行文简化,省去‘刑罚’部分的具体叙述,只需注明该罪属于哪一个等级”^⑨。

③ 参见前引②,第187—189页。

④ 经向中国人民大学冯军教授请教,德国刑法在重罪和轻罪之规定中,统一用的都是“im Mindestmass”一词,即“最低”,也就是说,德国刑法中重罪和轻罪是统一以最低刑为标准的,而并非重罪以最低刑为标准、轻罪以最高刑为标准。

⑤ 参见[德]克劳斯·罗可辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第173页。

⑥ 黄风译:《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年版,第11页。在此需要说明的是,重罪和违警罪分别对应的意大利文是“delitti”和“contravvenzioni”。国内也有学者将“contravvenzioni”翻译为轻罪,由此认为意大利刑法将犯罪划分为重罪和轻罪两大类。参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第70页。

⑦ 参见意大利刑法第42、172条。前引⑥,第19、55页。

⑧ 参见刘仁文等译:《美国模范刑法典及其评注》,法律出版社2005年版,第324页。

⑨ 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第16页。

美国刑法对轻罪和重罪的划分同样具有实体和程序方面的意义。^⑩在实体方面,有不少犯罪的构成要件涉及犯罪分类,如普通法中的夜盗罪(burglary)定义为“夜晚破门入户企图犯重罪”。另外,依据美国刑法,惯犯的成立常常以重罪历史为限。普通法里的共同犯罪,如果共同犯重罪,则区分主犯和从犯;如果共同犯轻罪,则不再区分主犯和从犯,都以主犯论处。在程序方面,附属于地方法院的某些基层法院(如治安法院、警察法院、夜法庭等)的管辖范围仅限于轻罪。根据普通法,在具有合理的理由认为某人犯了重罪的情况下,准许实行无逮捕令逮捕;而对于轻罪犯实行无逮捕令逮捕,必须在当场实施轻罪的情况下才许可。在有些司法管辖区,对重罪的控告必须经过大陪审团;对轻罪则无须经过大陪审团。审理重罪时,被告人一般应当到庭才可以作出判决;对轻罪犯则许可缺席审判。此外,美国刑法对轻罪和重罪的划分在刑罚执行方面也具有意义:联邦和州监狱关押被判监禁刑一年或一年以上的重罪犯,而被判处一年以下的轻罪犯则在地方看守所(jail)关押。^⑪

5. 俄罗斯

现行俄罗斯刑法规定,依照行为性质和社会危害性的程度,犯罪分为轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪。轻罪是指刑法规定的最高刑罚不超过2年剥夺自由的行为。中等严重的犯罪是指刑法规定的最高刑罚不超过5年剥夺自由的行为。严重犯罪是指刑法规定的最高刑罚不超过10年剥夺自由的行为。轻罪、中等严重犯罪和严重犯罪,故意和过失均可构成。特别严重的犯罪是刑法规定的最高刑罚超过10年剥夺自由或更严重的行为。特别严重的犯罪,只有故意才能构成。^⑫由于俄罗斯刑法对罪行轻重的划分较为精细,使得其在实体方面的多数制度,如犯罪未完成形态、共犯、时效、前科消灭、假释、未成年人刑事责任、累犯、数罪并罚、免责、和解、改判刑种、死刑、没收财产、终身剥夺自由刑、延期服刑及执行机构等都与此种划分紧密相关。不仅在实体方面,在程序方面,俄罗斯也规定有一些与这种划分有关的制度。例如,规定审前程序中的调查程序适用于一些轻罪、中等严重的犯罪等。

此外,挪威、瑞士、希腊、奥地利、西班牙、菲律宾、埃及、荷兰、越南等国刑法也规定有轻罪、重罪之分。

(二)世界主要国家之经验和启示

从上述国家法律对轻罪和重罪的规定可以看出,尽管各国在轻罪和重罪的划分层次、划分方法和具体界限的规定方面不尽相同,如在划分层次上,有的国家采用二分法,如德国、意大利;有的国家采用三分法,如法国;还有的国家采用四分法,如美国、俄罗斯。在划分方法上,多数国家采用单次划分方法;少数国家则采用复次划分方法,即在首次划分的基础上再次划分。如美国将重罪又分为一级重罪、二级重罪和三级重罪。在具体分界上,多数国家是以剥夺自由的期限作为轻罪和重罪的分界线,如规定以1年、2年、10年为界;少数国家则是以刑罚的种类作为分界线。但是,以法律对罪行轻重作出明确规定,并在实体、程序方面相应地规定一些不同的刑事法律制度是世界通行的作法和成功的经验。由此,我们应该思考:中国法律是否也需要对轻罪和重罪作出明确规定?如何规定?

二、确立罪之轻重的意义

与世界上很多国家不同,中国刑事法律虽然也不乏依据罪之轻重不同区别对待的一些规定,但是并未对轻罪和重罪作出明确的界分,导致中国现今不仅对轻罪、重罪缺乏统一的认识和标准,而且相应地也未能建立起以轻罪和重罪明确界分为基础的一系列实体、程序方面的制度。造成这一问题的原因主

^⑩ 此处所言轻罪是一个概括的提法,是指除了重罪以外的所有犯罪,包括轻罪(misdemeanor)、微罪(petty misdemeanor)和违警罪(violation)。

^⑪ 参见前引⑨,第14—15页。

^⑫ 参见《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀等译,中国法制出版社1996年版,第8页。

要是:(1)中国传统上即缺乏对轻罪和重罪予以明确界分的传统。这种立法传统对现代刑事法律也造成了很大影响。其二,现代中国刑事立法受前苏联刑事法律的影响很大,具有很强的“苏俄化”痕迹。而前苏联刑事法律在相当长的时间内也并未对轻罪和重罪的界分问题作出明确的规定。直至1991年制定的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》(由于苏联解体未生效)才明确将这种界分写入法典。其三,建国后相当长一段时间,由于闭关锁国政策的影响和政治方面的原因,新中国成立后的刑事法领域对外国刑事法律的规定一直都缺乏较为深入的了解和研究,使得这一问题不仅在新中国刑事法律最初创建时未能得以被关注,而且在后来的刑事法律修改中也始终未被提到议程之中。近几年学界虽然有极少数学者关注到了这一问题,并提出了轻罪和重罪应如何具体界分的建议和设想,但是,由于传统惯性使然和研究的有限性,这些建议和设想始终未引起立法者的关注。笔者认为,以法律规定轻罪和重罪的法定界分在中国具有十分重要的现实意义:

(一)犯罪观念方面的意义

在中国传统观念中,对犯罪谴责、憎恶有余,而理解、宽宥不足,常常一提犯罪,不论罪行轻重,便机械地认为“犯罪=恶”、“罪犯=恶人”,对其均应予以刑罚甚至重刑治之。而事实上,犯罪不仅有个人的原因,也有社会的原因,“人之所以成为罪犯,并不是因为他要犯罪,而是由于他处在一定的自然和社会条件之下,罪恶的种子得以在这种条件下发芽、生长。”^⑬因此,不能将所有的罪责均归咎于犯罪人个人。犯罪有重罪,也有轻罪,不是所有的犯罪均必须动用重刑,甚至也不是所有的犯罪均必须动用刑罚。“控制犯罪的最优(理想)方案是控制社会”^⑭。在刑事法律中建立法定的轻罪、重罪概念,有利于国人树立正确的犯罪观,了解并不是所有的犯罪都是十恶不赦的,犯罪中有相当部分是属于主观恶性较小、罪行较轻的轻罪,从而改变传统的对所有犯罪不分轻重均深恶痛绝、不加宽宥的观念,进而为对轻罪实施较为轻缓的刑事处遇制度奠定良好的思想基础。

(二)刑事政策方面的意义

依据最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》的规定,所谓宽严相济是指“实行区别对待,注重宽与严的有机统一,该严则严,当宽则宽,宽严互补,宽严有度,对严重犯罪依法从严打击,对轻微犯罪依法从宽处理,对严重犯罪中的从宽情节和轻微犯罪中的从严情节也要依法分别予以宽严体现”。依据上述《意见》,贯彻宽严相济刑事政策首先必须确定罪之轻重,然后才能对其区别对待。但是,由于中国刑事立法尚未明确规定轻罪和重罪的范畴,在刑事理论界和司法界,对轻罪、重罪又存在不同的理解,因此,在很大程度上影响了宽严相济刑事政策的贯彻和正确实施。

在刑事立法上明确划分轻罪、重罪,不仅可以为贯彻和正确实施宽严相济刑事政策提供前提和法律基础,同时也可以为中国现阶段尚存的“严打”设置一定的制度约束。自1983年以来,中国已经开展了四次“严打”。这种运动式的“严打”,由于缺乏有效的法律约束和制度制约,严打对象的恣意性、扩张性较为明显。在法律上确立轻罪、重罪制度后,则可以使“严打”的对象严格限定在重罪范畴,并进而使其迈入严格的法治轨道,成为科学的宽严相济刑事政策之“严”的组成部分。

(三)刑事立法方面的意义

罪刑均衡是当代刑事立法的基本原则。轻罪与重罪的界定是与罪刑均衡休戚相关的问题。在刑事立法上,要对罪行配置合理的法定刑,首先必须对罪之轻重有个科学、合理的认识和统一的认定标准。而目前中国刑事法律由于并未明确规定轻罪、重罪的概念和范畴,致使立法者在立法时对罪之轻重缺乏清晰、统一的认识和评定标准,并由此进一步造成了个别罪的法定刑配置明显偏离了罪行的轻重、罪行与罪行之间法定刑不平衡的现象。而如果法律上对轻罪和重罪作了明确的界定,立法者在为某一罪行配置法定刑时,就必须首先确定其是属于轻罪还是重罪范畴,轻罪配置轻罪的法定刑,重罪配置重罪的

^⑬ [意]恩里科·菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第172页。

^⑭ 储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第72页。

法定刑,这样在很大程度上就可以避免轻罪配置重罪之法定刑、重罪配置轻罪之法定刑这种法定刑配置不合理、罪行之法定刑配置不均衡的现象。

(四)刑事法律方面的意义

由于中国刑事法律没有明确规定轻罪、重罪的概念和范畴,在相关一些本应因罪之轻重不同分别规定不同的实体、程序制度方面,相应地也就没有予以区别对待。例如,在实体方面,对于预备犯和未遂犯,依据刑法规定的处罚原则,不分轻罪、重罪,均应受到处罚;对于前科,不分轻罪、重罪,均予以保留,且在入伍、就业时,均应如实向有关单位报告,不得隐瞒。在程序方面,在逮捕上,不分轻罪、重罪,只要是可能判处有期徒刑以上的刑罚,即适用相同的逮捕条件;在审判程序上,即使被告人认罪的极其轻微的刑事案件也要开庭审理。而在刑事法律上明确规定轻罪、重罪的概念和范畴,则可以在实体、程序上建立起因罪之轻重不同区别对待的制度,从而更科学地设置犯罪的反应机制,更合理地分配司法资源。

三、轻罪与重罪的具体界分

(一)轻罪与重罪的划分对象

将犯罪划分为轻罪和重罪的不同犯罪层次是世界很多国家刑事立法和司法实践的通行作法,也是中国刑事理论界和实务界的惯常主张。但是这种划分究竟是对什么的划分,即所谓轻罪、重罪中的“罪”是指什么,这是在研讨轻罪与重罪的划分标准问题时首先必须要明确的。因为犯罪是由不同方面的要素综合构成的。比较罪之轻重可以有不同的视角。切入的视角、比较的内容不同,轻与重的结论自然就可能就不同。比如针对犯罪,可以总体比较构成罪之客观危害或主观恶性的轻重,也可以具体比较构成罪之客观危害或主观恶性诸要素中某一要素的轻重;可以总体比较犯罪性质的轻重,也可以具体比较“犯罪的最小单位”——罪行的轻重。^⑮那么轻罪、重罪中的所谓“轻”、所谓“重”是指何种内容的“轻”、何种内容的“重”?对于这样一个界分轻罪和重罪的最基础的问题,却鲜有学者予以关注和思考。因此,搞清轻罪与重罪的划分对象,即其中“罪”之内涵,是科学统一确定轻罪和重罪划分标准的前提条件。学界已有个别学者敏锐地意识到这一点。如有的学者认为,“由于罪行是犯罪的最小单位,又表明特定的犯罪构成和法定刑,罪行的轻重就无疑具有可比性。因此,我国刑法中的轻罪是指轻罪行,重罪是指重罪行。轻罪与重罪的划分就是指轻罪行和重罪行的划分。”^⑯有些学者虽然未专门论述轻罪与重罪的划分对象,但是在谈论轻罪与重罪的划分标准、界限时实际上间接地涉及到了这一问题。如认为“我国刑法中较重罪和较轻罪的划分,是指将刑法规定的全部犯罪划分为较重罪和较轻罪,而不是对同一犯罪的罪行进行划分。决定犯罪轻重的主要因素是对社会的危害性,而在立法上的标志就是犯罪的法定刑。法定刑重的表示犯罪性质重,法定刑轻的表示犯罪性质轻。因而选择哪一种法定刑作为划分较重罪和较轻罪的标准,是刑法理论和司法实践中值得研究的问题。”^⑰持这种观点的学者实际上是主张轻罪是指犯罪性质轻,重罪是指犯罪性质重,轻罪与重罪的划分是对犯罪性质轻重的划分,而不是对罪行轻重的划分,而法定刑是犯罪性质轻重的具体体现形式。

那么,轻罪与重罪的划分究竟是对“犯罪性质”轻重的划分,还是对“罪行”轻重的划分?犯罪性质与罪名实际上是同一问题的一体两面,因为罪名是犯罪性质的外在体现形式,所以主张轻罪与重罪的划分是对犯罪性质轻重的划分,实际上也就意味着主张两者的划分是对罪名轻重的划分。那么,罪名之间孰轻孰重能否比较?比如,《刑法》第264条规定的盗窃罪包含有三档法定刑,即“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”;“数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”;“数额特别巨大或者有其他特

^⑮ 参见赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第110—111页。

^⑯ 黄开诚:《我国刑法中的轻罪与重罪若干问题研究》,载《现代法学》2006年第2期。

^⑰ 高铭暄、王作富等编:《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第410—411页。

别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”。根据刑法规定,盗窃罪法定刑轻可至管制,重可至无期徒刑。那么盗窃罪是轻罪还是重罪?类似盗窃罪这种有多档法定刑的情况在中国刑法中极为普遍,显然以罪名也就是犯罪性质是无法确定轻罪还是重罪的。

虽然以罪名即犯罪性质无法确定轻罪、重罪,但是,用“犯罪的最小单位”——罪行却可以确定轻罪、重罪。所谓罪行,是指刑法规定的具有特定构成要件并且配置有相应具体法定刑幅度的行为。罪行与罪名是两个不同层次的概念。如果一个罪名只有一个犯罪构成类型和一个法定刑幅度的,就是只包含一种罪行;如果一个罪名具有危害程度不同的多个犯罪构成类型和与其对应的多个法定刑幅度,就是包含多个罪行。^⑮ 由于罪行是“犯罪的最小单位”,因此,罪行与罪行之间的轻重是具有可比性的。例如,煽动颠覆国家政权罪属于危害国家安全方面的犯罪,生产、销售伪劣产品罪属于破坏社会主义市场经济秩序方面的犯罪,两者相比,显然前者性质严重,但是从犯罪性质本身是无法得出两者孰为轻罪、孰为重罪的结论,因为煽动颠覆国家政权罪虽然性质严重,但是法定刑低可至“处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”,高可至“处五年以上有期徒刑”,而生产、销售伪劣产品罪包括四档法定刑幅度,最低可至“处二年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金”,最高可至“处十五年有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产”。显然两者之间要进行比较,只能具体比较“罪行”,即某一档法定刑所对应的具体犯罪孰轻、孰重,由此得出轻罪、重罪的结论。因此,轻罪与重罪的划分应是对罪行轻重的划分。当然,犯罪性质与罪行轻重并非毫无关系,犯罪性质是影响罪行轻重的重要因素之一。但是不能将两者完全等同视之。所谓“犯罪的性质愈严重罪行愈严重,犯罪性质愈轻罪行愈轻,这种对应关系并不完全成立,在某些情况下,犯罪性质和罪行轻重没有必然联系。”^⑯ 否则,即意味着危害国家安全罪的罪行均重于其他各类犯罪。因为危害国家安全罪是普遍认为的性质最严重的一类犯罪。但实际上,危害国家安全罪中,有的犯罪的法定刑最高也就至有期徒刑,而普通刑事犯罪中,不少犯罪的法定刑却可以最高至无期徒刑或者死刑。

(二)轻罪与重罪的划分标准

轻罪与重罪的划分问题虽然目前学界仅有极少数学者予以关注,但在这少数关注的学者中,在具体划分标准上却存在很大分歧,主要有如下观点:(1)实质标准说。主张根据犯罪性质、犯罪危害程度等犯罪内在的特质确定犯罪的轻重等级。(2)形式标准说。主张以刑罚的轻重为标准划定犯罪的轻重等级。由于刑罚有法定刑和宣告刑之分,形式标准说相应的也有法定刑说和宣告刑说两种不同观点。(3)实质与形式标准综合说。如有的学者认为,“从科学的角度和追求良法的角度看,应该以实质标准为主,以形式标准为辅。只有从实质标准出发,才能发现真正的‘严重犯罪’,从而为犯罪控制提供一个方向,为设计合理的犯罪控制政策提供智识支持。”^⑰

1. 实质标准抑或形式标准

第一,轻罪与重罪的划分是采用实质标准说、形式标准说还是实质与形式综合说,最根本的是取决于这种划分所意图达到的目的。划分的目的不同,所采用的划分标准自然也就不同。这就是所谓的“目的决定一切”。那么,轻罪与重罪的划分究竟是意欲何为?对此,仅将目光聚焦于正试图建立轻罪与重罪划分标准、界限的国内显然无法找到答案。因为前文已述,现代意义上的轻罪与重罪的划分肇始于国外,划分的目的最初都是基于诉讼程序的需要。但是,现今世界主要国家轻罪和重罪的划分不仅具有了

^⑮ 需要特别指出的是,在我国刑法中,虽然通常而言一种特定构成要件配置有一档法定刑,因而一档法定刑通常对应的也就是一种罪行,但是也有几个特定构成要件合并配置一档法定刑,因而一档法定刑也就同时对应几个罪行的情况。例如,《刑法》第115条第1款规定,“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”这里一款法定刑对应的是5种罪行,即放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪。

^⑯ 前引⑮。

^⑰ 叶希善:《犯罪分层研究——以刑事政策和刑事立法意义为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第86页。

诉讼程序上的意义,同时也具备了实体层面的意义。例如,在实体法中规定犯重罪未遂具有可罚性,而犯轻罪未遂则全部不具有可罚性或部分具有可罚性。重罪不受追诉时效的限制,轻罪受追诉时效的限制,等等。由此可见,现代各国刑法将犯罪划分为轻罪、重罪是出自程序和实体方面现实的法律需要,而非基于理论研究的目的。既然如此,法律就必须对轻罪与重罪的划分确定一个清晰、明确的标准,因为法律只有明确才能适用。^①但是绝对的法律明确性虽然近似于“神话”,难以实现,相对的法律明确性却是可以实现的,否则法律就会失去其作为社会主体基本行为准则而存在的意义。

法律既然需要为轻罪、重罪的划分确定一个相对明确的标准,那么所谓实质标准说,即以犯罪危害性程度等犯罪的内在特质确定犯罪轻重等级的标准之说就不具有科学合理性。因为所谓社会危害性等犯罪内在特质是属于犯罪深层次的内容,对于社会危害性等犯罪内在特质方面的内容及其程度问题,不同的人可能会有不同的看法,因此,社会危害性等犯罪的内在特质难以为轻罪、重罪的划分提供一个清晰可行的标准。刑事立法如果单纯采用以社会危害性等犯罪内在的特质作为划分轻罪与重罪的标准,那么轻罪、重罪划分有关实体、程序方面的意义是难以实现的。特别是在中国这样一个现阶段司法人员整体素质水平参差不齐的国家,完全地采用实质标准划分轻罪与重罪是不具有现实可行性的。笔者并非完全否认社会危害性作为犯罪的本质特性作用,只是认为,即使认为社会危害性是犯罪的本质特性,也不能完全采用这种实质标准说作为划分轻罪与重罪的标准。这从社会危害性与中国刑法的关系同样可以得出这种结论。虽然中国刑法理论界传统的通说认为社会危害性是犯罪的本质属性,刑法在犯罪概念中也有社会危害性的相关规定,如规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,但是刑法对于犯罪的规定并没有停留在仅仅笼统地规定社会危害大的构成犯罪、危害不大的就不构成犯罪这样一个根本无法在司法实践中贯彻实施的层面上,而是在分则中具体规定了各种犯罪的构成要件及其法定刑。可见,仅依靠社会危害性是无法具体确定犯罪的,也无法确定轻罪和重罪。实质标准说中,有的学者主张以犯罪性质作为划分轻罪与重罪的标准,这种观点的不合理性,笔者在前述轻罪与重罪的划分对象中已有论述,在此不再赘述。

第二,轻罪与重罪的划分是轻罪行与重罪行的划分,而犯罪性质、社会危害性只是影响罪行轻重的因素,刑罚才是罪行轻重的直接体现。中国刑法理论界主张将犯罪性质、社会危害性作为轻罪与重罪划分标准的学者,实际上把影响罪行轻重的因素和轻罪与重罪的划分标准混为一谈。所谓标准是指衡量事物的准则。标准是外在的,具有可操作性的。而轻罪与重罪划分标准中所谓的实质标准说的主张,其内容都是内在的,不具有操作性的。因此,所谓实质标准说的主张是不确切、不合理的。

第三,实质与形式标准综合说试图避免实质标准说飘忽不定的缺陷,主张“为了使轻罪与重罪有一个具体的量化指标”,“法定刑的高低可以作为判断罪轻罪重的客观外在表现来使用。”^②但是这种学说实际上最终又归于形式标准。因为形式标准说也不否认罪行的轻重是由犯罪性质、社会危害性等因素决定的,只是认为这些内在特质不能作为轻罪与重罪的划分标准。尽管有的学者主张轻罪与重罪的划分标准应该“以实质标准为主,以形式标准为辅”,^③并且为了论证实质标准的合理性大书特书,但是持这种观点的学者最终也不得不为罪行的轻重设置一个刑罚标准,主张将犯罪分为如下层次:“最低一层(最轻微)为违警行为,最高处5天或7天自由罚;最高一层(最严重)为重罪,重罪再分为最重罪和一般重罪,最重罪最高处死刑,一般重罪最高处20年或30年剥夺自由刑;中间再分成两层,分别以最高法定刑3年或7年或10年或15年剥夺自由为界限。”^④所以,实质标准说不具有合理性和可操作性;实质与形式标准综合说最终实际上也归于形式标准;形式标准说具有较大的合理性和操作性。

2. 法定刑抑或宣告刑

^① 转引自于晓艺:《基本法律神话”的破灭——评〈法与现代心智〉》,http://www.law-star.com/cacnew/200703/30006594.htm。

^② 沈玉忠:《犯罪分层理论的展开:梳理、价值与建构》,载《鄂州大学学报》2009年第6期。

^③ 前引^②。

^④ 前引^②,第323—324页。

在确定以形式标准划分轻罪与重罪后,还必须进一步确定轻罪与重罪的划分是以法定刑为标准还是以宣告刑为标准。

第一,如前所论,轻罪与重罪的划分是为了实现实体、程序方面的一系列区别对待。而要实现某些区别对待,事实上只有以法定刑作为区分轻罪和重罪的标准才可能实现。以德国为例,德国刑法规定,重罪的未遂一律应受到刑罚处罚,而轻罪的未遂仅仅在法律有明确规定的情况下才应受到刑罚处罚。教唆未遂和其他一些处在参加犯罪之前阶段的情况,在重罪时应当受到刑罚处罚,但是在轻罪时一般不会受刑罚惩罚。此外,分则规定的胁迫罪只有在对被害人或者与其亲近者犯重罪相胁迫,或者用即将对其犯重罪进行蒙蔽才构成。由于实体法中规定有上述这些依据轻罪、重罪而加以区分的制度,根据罪刑法定原则,“只处罚行为前法律已明文规定予以处罚的行为”之要求,^⑤类似于未遂是否构成犯罪等这些问题“必须从一开始和纯粹概念性地(in abstracto)就能够从法律中看出来”,^⑥而要实现这一点,显然只有以法定刑而非宣告刑确定轻罪、重罪。如果以宣告刑,即由法官确定轻罪、重罪,就意味着由法官对刑事可罚性作出决定,而这与罪刑法定原则对罪之确定性的要求是相悖的。“建立在符合行为构成的确定基础上……而不是建立在由法官评价构成行为严重的基础上”,那么,这个“刑事可罚性的法定明确性……才会得到保障”。^⑦不仅在实体方面,在程序方面,依据轻罪、重罪之差异所规定的一些不同诉讼制度,同样要求只有以法定刑确定轻罪与重罪的划分标准才能实现。例如,依据德国法院组织法规定,轻罪与重罪的区分影响法院刑事管辖权的确定。法国更是依据罪分三类的作法,将法院直接分为轻罪法院、重罪法院和违警罪法院。此外,作为审判前收集证据的预审程序,在法国仅对重罪案件具有强制性,对轻罪案件则只具有任择性,对违警罪案件则原则上无需预审。也就是说,一般的轻罪和违警罪案件,检察官可不经预审程序直接起诉到有管辖权的法院。要实现轻罪、重罪在管辖权、预审等方面的上述差异,显然在诉讼开始之前就必须十分清晰地明确某一罪行是轻罪还是重罪,而对此,宣告刑显然无法担此重任。

正因为唯有以法定刑作为确定轻罪与重罪的划分标准才能实现这种划分所意图实现的某些实体、程序方面的差异,因此,不仅上述提到的德国、法国,世界上其他实行轻罪、重罪划分的国家,也都是以法定刑而非宣告刑作为划分轻罪与重罪的标准。

中国学界之所以出现轻罪与重罪划分标准的法定刑、宣告刑之争,从根本上说,是由于中国刑事立法尚未明确建立以轻罪、重罪明确划分为基础的一系列实体、程序方面的制度。因为所谓的轻罪、重罪,在中国目前尚属于学理而非规范范畴的问题,因此,出于不同层面的研究目的,有时也是出于学理研究而非立法般严谨的原因,难免在现实中出现对轻罪、重罪的划分有的以法定刑为标准,有的则以宣告刑为标准的问题。而未来中国如果意欲通过刑事立法明确划分轻罪、重罪,并且相应地在实体、程序方面规定不同制度,以法定刑作为划分轻罪与重罪的标准将更为可行和科学。

第二,以法定刑还是以宣告刑作为轻罪与重罪的划分标准,不仅是划分目的所决定的,也是划分对象(罪行)以及法定刑与宣告刑的区别所决定的。罪行有规范上的罪行和现实中的罪行之分。轻罪与重罪的划分由于是为了实现法律上实体、程序方面的区别对待,因此,其划分对象只能是规范上的,即法律规定的类型化的罪行,而这种罪行的轻重是以法定刑体现的:法定刑高的表明罪行就重,法定刑低的表明罪行就轻,“法定刑是衡量和区分罪行轻重的惟一标准”。^⑧而宣告刑则不同。宣告刑除了受现实中具体罪行的轻重影响外,还要受人身危险性大小以及其他与量刑有关的法定、酌定情节的影响。因此,宣告刑的高低并不必然体现罪行的轻重。例如,故意杀人与遗弃相比,显然前者罪行更严重,但是故意杀人如果具有减轻处罚情节,则可能判处3年以下有期徒刑的刑罚,而遗弃情节恶劣的,则可能判处5年有期徒刑的刑罚。

⑤ 德国刑法第1条规定。徐久生、庄敬华译:《德国刑法典》,中国方正出版社2004年版,第3页。

⑥ 前引⑤,第174页。

⑦ 前引⑤,第174页。

⑧ 前引⑤,第131页。

第三,有的学者对以法定刑为标准划分罪行的轻重持不同观点,认为这种观点存在“恶法亦法”的危险。“如果立法者对犯罪的严重程度进行了充分的研究,最后取得相对一致的看法并被立法者吸收的话,这种危险就趋于最小或不存在;如果没有经过研究,仅仅凭借立法者——极少数人——的主观判断,那么对犯罪的严重程度的判断极可能出现‘恶法’现象:把严重程度低的犯罪规定为严重程度高的犯罪,把严重程度高的犯罪规定为严重程度低的犯罪甚至无罪。”^②持类似观点的学者,有的认为“每个国家的每部《刑法》都为每一犯罪配置了高低不等的法定刑,也即标明了每个罪行轻重的法定刑读数。但由于这些读数从来没有说明过求解的方式和程序,因此,无从解释每一读数的由来和读数之间的差异。例如,为什么侵犯通信自由罪是1年以下有期徒刑或者拘役,而非2年以下有期徒刑或者管制?为什么违反国境卫生检疫罪的最高刑为3年有期徒刑,而暴力干涉婚姻自由罪为2年有期徒刑?前罪多出的一年重在哪里?后罪少了一年又轻在哪里?这些法定读数可能是准确的,也可能不准确。问题不在于读数的准确与否,而在于它们尚未经过任何论证。作为测量尺度的刑之于作为测量对象的罪,非但不像度量衡之于被测物品那样,精确性已不容置疑,甚至也不像价格之于价值,至少经过市场之手的拨弄和市场之争的考核。要形容的话,只能喻之为计划经济体制下撇开价值规律的产品定价。”^③以上这两种观点以立法上罪行与法定刑之间存在或可能不存在均衡为由,否认法定刑是罪行轻重的客观外在体现,进而认为只能以社会危害性程度等实质标准确定罪行的轻重。于此,笔者不由发问:客观外在标准不可靠,内在实质标准岂非更不可靠?对于社会危害性程度,不同的人可能会有不同的看法。视角、立场不同,得出的结论可能也就不同。那么,以何种结论作为衡量罪行轻重的标准?事实上正因为对社会危害性程度这种所谓实质标准在现实中不可避免地会存在不同认识,刑事立法为实现罪行轻重安定性、平等性的基本要求,事先为每一罪行配置了相应的法定刑。而所配置的法定刑,从应然的角度来说,当然应该与罪行的轻重相适应。因为只有与罪行的轻重相适应,罪刑均衡,才能体现立法的公正。但是事实上,由于受当时主客观条件以及立法者自身能力所限,不可能在所有罪刑之间均毫无纰漏地彻底实现均衡。从这一角度而言,罪刑均衡只是人类不断追求的理想,绝对的罪刑均衡是不存在的。虽然刑事立法不可避免地会存在罪刑不均衡的现象,但是不能由此否认法定刑是罪行轻重的标准。因为立法者为罪行配置法定刑的目的就是为了使罪行的轻重有一个统一的评判标准。“法定刑与罪行的配置一经法律确定,它便是衡量和区分罪行轻重的唯一标准。”^④

罪刑均衡是立法正义和公正的体现,但是罪刑是否均衡,是一个仁者见仁、智者见智的问题。因此,以罪刑不均衡为由否定法定刑是罪行轻重的判断标准本身也是不科学的。法定刑体现的是立法者对罪行轻重的主观认识。这种认识可能与学者、公众对罪行轻重的判断一致,也可能存在差异。但是无论是否存在差异,都必须承认,法定刑并非是立法者任意配置的结果,立法者在为罪行配置法定刑前一般都进行了认真的研讨,所配置的法定刑虽然不排除罪刑不均衡的现象,但在多数情况下还是相对地体现了罪刑均衡。

综上,法定刑是罪行轻重的体现。轻罪与重罪的划分也惟有以法定刑为标准,才能实现其划分所意图实现的实体、程序方面的功能。而宣告刑由于具有不确定性,也不是罪行轻重的必然体现,因此,不能作为划分轻罪与重罪的标准。

(三)轻罪与重罪的划分界限

暂且忽略法定刑和宣告刑之争,中国学界对于以何期限有期徒刑作为轻罪与重罪的具体分界也存在不同观点:主要有3年说、5年说和7年说三种观点。轻罪与重罪的划分界限绝非是可以恣意为之的事情,涉及到中国实体、程序方面相应一系列法律制度的确立和调整,因此,不仅要考虑理论上应然合理

^② 前引^②,第84页。

^③ 郑伟:《重罪轻罪研究》,中国政法大学出版社1998年版,第32页。

^④ 赵廷光:《罪刑均衡论的兴衰与罪责刑均衡论的确立》,载《山东公安专科学校学报》2003年第4期。

性的问题,也要考虑在中国现有的法律现状下的现实可能性问题,即合理性与可能性必须兼顾,应然的合理性只有建立在现实可能性的基础上才具有实现之可能。

轻罪与重罪划分标准的应然合理性主要涉及到轻罪、重罪其各自所占比例的适当性问题。至于多少比例为适当,在世界各国都无具体定论;但是有一点是共同和确定的,即轻罪在刑法规定的犯罪总量中应占绝大多数。如果重罪占有多数或绝大多数,其一,会使打击的重点和有限的资源集中于重罪之意义降低。其二,会使刑事立法呈现过于苛厉之虞。因为如果一国刑事立法所规定的多数或绝大多数犯罪都为重罪,便意味着相应地要对这些多数或绝大多数犯罪实施重罪之严厉的实体、程序处遇。其三,会使法律意义上的轻罪、重罪与一般观念层面上的轻罪、重罪产生重大脱节,从而使这种划分失去文化观念上的支撑。德国刑法学家 Hassemer 说:“一个文化疏离的实定法,绝对不能长久有效运作。实定法,只有当其为文化所容纳,方能较为长久地成为法秩序的重要部分。”^②现代刑法中涉及公民生命、健康和国家安全等重大法益的犯罪在刑法所规定的犯罪总量中已经占有绝对少数,而涉及到经济、社会基本秩序的维护等方面的犯罪则占有绝大多数,而后者绝大多数情况下在一般人的观念中并非具有重大的恶性程度,不是非动用苛厉的实体、程序处遇才为恰当。因此,如果刑法将这类犯罪中的绝大多数也划归重罪,难以获得国民观念上的理解和支持。其四,会与轻罪、重罪应然的比例关系相违背。意大利学者菲利曾言:“就像动物中产卵率最大的往往都是体积较小的低等动物一样,在犯罪当中,轻罪(像小额盗窃、诈骗、流浪等)也往往占多数。”^③菲利所言虽然是针对司法实践中轻罪的数量问题,但是对立法上轻罪与重罪划分标准以及由此所造成的两者之间的比例关系也具有一定的启迪意义。

轻罪在一国的刑事立法中虽然应占有绝对多数,但也不是比例越高越好。以法定刑 7 年甚至 10 年作为轻罪与重罪的划分界限,无疑会比以 3 年、5 年作为划分界限使轻罪所占的比例更高。^④但是这种划分一方面会使中国刑法中几乎所有的犯罪,包括故意杀人罪、绑架罪等明显为重罪的犯罪有成为轻罪的可能,另一方面,也会与现行刑法、刑事诉讼法的有关规定差距巨大,完全不具有实施的现实可能性。当今中国刑事立法虽然并未明确规定轻罪与重罪的划分界限,但是并非没有依据犯罪轻重进行区别对待的任何体现。例如,在实体方面,刑法在属人管辖权上规定:中国公民在中国领域外犯罪,而按刑法规定最高刑为 3 年以下有期徒刑的,可以不予追究。在保护管辖权上规定:外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,而按刑法规定法定最低刑为 3 年以上有期徒刑的,可以适用刑法。在缓刑上规定:对于被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子,符合法定条件的可以宣告缓刑。在程序方面,刑事诉讼法在自诉案件的范围上规定:告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件属于自诉案件。所谓被害人有证据证明的轻微刑事案件,依据《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》,是指故意伤害案(轻伤);重婚案;遗弃案;妨害通信自由案;非法侵入他人住宅案;生产、销售伪劣商品案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);侵犯知识产权案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);属于刑法分则第 4 章、第 5 章规定的、对被告人可以判处 3 年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。从上述刑事法律的规定可以看出,现行立法者较为倾向于以 3 年有期徒刑作为罪行轻重的分界。但是如果将来在立法上实然地明确以 3 年有期徒刑作为轻罪与重罪的分界线,并以此为依据,建立轻罪、重罪相应的实体、程序制度,则会使轻罪的范畴较为狭窄,也会使一些实际上罪行较轻的行为被纳入重罪范畴。据笔者统计,截止《刑法修正案(八)》,在刑法 451 个罪名中,有 246 个罪名之罪行规定有最高刑为 3 年以下有期徒刑(包括 2 年、1 年以下)的刑罚,占有罪名的 54.5%。这一比例虽然超过了一半,但仅刚刚超过一半,尚谈不上占绝大多数。因此,虽然以 3 年有期徒刑作为轻罪与重罪的划分界限在中国具有一定

② Winfried Hassemer: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Frankfurt: Europäische verl. 1973, S. 128 ff. 转引自高金桂:《刑事政策上关于犯罪化与除罪化问题》,载台湾《东海大学法学研究》第 10 期。

③ [意]恩里克·菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民大学出版社 2004 年版,第 114 页。

④ 如果以法定最高刑 10 年以下有期徒刑作为轻罪与重罪的划分界限,中国刑法中只有劫持航空器罪为重罪,其他的犯罪都可能成为轻罪。

的制度基础,但是合理性较差。事实上,当今中国,除了存在以3年有期徒刑作为罪行轻重划分标准的制度外,尚存在以5年有期徒刑作为罪行轻重划分界限的作法。作为国家最高司法机关的最高人民法院,其工作报告即是以5年而非3年作为标准统计其处理的轻重罪案件的。例如,2009年最高人民法院报告称:“全国各级法院共审结刑事案件768130件,判处罪犯1007304人,其中,判处五年以上有期徒刑至死刑的罪犯159020人。”显然,依最高人民法院看,处刑5年以下的案件都属于罪行较轻的案件。既然宣告刑5年以下的案件都属于罪行较轻的案件,那么,法定刑5年以下的案件更应属于罪行较轻案件。据笔者统计,在刑法451个罪名中,有346个罪名(包括前述246个最高刑为3年以下的罪名)之罪行规定有最高刑为5年以下有期徒刑的刑罚,占有罪名的76.7%。这一比例与国内有的学者统计的德国刑法中轻罪行所占的比例大致相当。据有的学者统计,德国刑法中共规定了553种罪行,其中轻罪行为426种,占全部罪行的77%。^⑤这一统计虽然与前述笔者的统计方法不尽相同,笔者是以罪名而非罪行作为计量单位的,而该文作者是以罪行为计量单位的。但是,即使存在这种计量方法上的差异,也可以看出,在中国如果以5年有期徒刑作为轻罪与重罪的分界线,较为符合轻罪应占绝大多数这一应然性和世界性的规律。

在以法定最高刑还是以法定最低刑作为轻罪与重罪的划分界限上,国内学者存在一定的争议。有的学者甚至由于误读德国刑法,认为德国刑法轻罪是以法定最高刑为标准,重罪则是以法定最低刑为标准的,由此认为中国刑法在轻罪与重罪的划分界限上也应该借鉴德国刑法。^⑥如此观点,将使一种罪行如果分别以轻罪和重罪标准衡量,既是轻罪,同时也是重罪,完全不具有科学合理性。如《刑法》第170条规定:“伪造货币的,处三年以上十年以下有期徒刑”,如果以5年作为轻罪与重罪的划分界限,而轻罪以法定最高刑5年为标准,重罪以法定最低刑5年为标准,则伪造货币罪的该种罪行,既是轻罪,同时也是重罪。因此,无论轻罪还是重罪都只能统一以法定最高刑或者法定最低刑为标准。

综上所述,笔者主张以5年有期徒刑作为轻罪与重罪的划分界限,法定最高刑为5年以下有期徒刑的为轻罪,轻罪又包括轻微犯罪;法定最高刑为3年以下有期徒刑的为轻微犯罪;除轻罪以外的其他犯罪,即法定最高刑为5年以上有期徒刑的为重罪。

Abstract: After borrowing the overseas experience, criminal legislation in China should also clearly define the differences between misdemeanors and felonies. This regulation is not only necessary on substantial and procedural aspects, but is also essential with regard to criminal ideas, criminal policy and criminal legislation. The differentiation of misdemeanors and felonies should be made based on crimes rather than on the nature of crime and the standard of differentiating misdemeanors and felonies should be formal standard rather than substantive standard. Statutory sentence instead of discretionary sentence standard should be adopted in the formal standard and the statutory maximum punishment of fixed-term imprisonment of five years should be taken as a dividing line of misdemeanors and felonies.

(责任编辑:白岫云)

^⑤ 参见田兴洪:《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》,法律出版社2010年版,第57页。

^⑥ 前引^⑤,第58页。